Parte general

Técnico de la Administración de la Seguridad Social

Tema 28: El Derecho Administrativo: concepto y contenido. Sistemas contemporáneos. La posición de la administración ante el derecho. La presunción de legitimidad de los actos administrativos. Los poderes exorbitantes de la administración. La administración pública y la norma jurídica. El principio de legalidad. La discrecionalidad de la administración: concepto, fundamento y límites.

Colección Temarios, 2020

© Reservados todos los derechos de esta edición para SKR Preparadores S.L., 2020

Calle Covarrubias, 9, bajo izquierdo, 28010, Madrid

https://skr.es/

Queda rigurosamente prohibida cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación total o parcial de esta obra sin el permiso escrito de los titulares de los derechos de explotación.

CONTENIDO

1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CONTENIDO.....3
2. SISTEMAS COTEMPORÁNEOS.....6
3. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE EL DERECHO.....11
4. LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....11
5. LOS PODERES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN.....13
6. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA NORMA JURÍDICA.....19
7. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....19
8. LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y LÍMITES.....24

1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CONTENIDO

Son múltiples las definiciones que los estudiosos de la materia han dado del Derecho administrativo. Más descriptiva, y quizás, de síntesis, es la definición de Zanobini, para el que *"el Derecho administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las Administraciones Públicas, así como las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos"*.

El Derecho administrativo se define como aquella parte del Derecho público que regula organización y funcionamiento del Poder ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y Órganos constitucionales del Estado.

Sobre esta definición hay que realizar varias precisiones:

El Derecho Administrativo es un Derecho Público. En consecuencia, no constituyen necesariamente Derecho administrativo cualesquiera normas jurídicas aplicables a los actos realizados por las Administraciones públicas. A veces la Administración desarrolla una actividad sometible en todo al Derecho privado, sin que sea lícito decir que esas normas privadas que en tales supuestos se aplican sean, por aplicarse a la Administración pública, normas de Derecho administrativo.

Para García de Enterría, siendo la Administración pública la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos es lícito decir que el Derecho administrativo es el Derecho público interno del Estado por excelencia.

El Derecho administrativo está constituido por normas de organización y normas de comportamiento. La distinción entre normas de organización y normas de comportamiento (las que regulan las relaciones entre la Administración y los particulares) se encuentra ya en una obra clásica del Derecho administrativo, el *Traitté de la jurisdiction con tentieux administrative de Laferriere.* La definición parte de la base de que las normas determinantes de la organización de las Administraciones públicas tienen el carácter de normas jurídicas y se comprenden en el ordenamiento jurídico-administrativo.

El Derecho administrativo se aplica tanto a la Administración estatal como a las administraciones públicas integradas en el Estado. Los fines de interés público se satisfacen, o bien por la llamada Administración General del Estado, persona jurídica de Derecho público o bien a través de la actuación de una serie de Corporaciones y entidades (Universidades, Organismos Autónomos, Colegios oficiales, etc.) con personalidad jurídica propia distinta e independiente del Estado que por razón del fin que persiguen pueden conceptuarse indirectamente como órganos propios suyos. En consecuencia, el Derecho administrativo comprende también en su seno el régimen de estas personas jurídicas de Derecho público que constituyen la administración indirecta del Estado. Asimismo, el Derecho administrativo es aplicable a la administración de las Comunidades Autónomas y demás entidades territoriales dotadas constitucionalmente de autonomía.

El Derecho administrativo regula asimismo la función administrativa de los Poderes legislativo y judicial y demás Órganos constitucionales del Estado. Esta inclusión en la definición es una exigencia de la ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa a la fiscalización de las cuestiones de personal de las Cortes, Poder Judicial o Tribunal Constitucional.

Naturaleza jurídica. Distinción entre el Derecho público y el privado

El Derecho administrativo es aquélla parte del Derecho público aplicable a la Administración. Esto lleva a la necesidad de establecer un criterio que sirva para la distinción entre el Derecho público y el privado.

Esta distinción es una las cuestiones más debatidas por la literatura jurídica de todos los tiempos. Royo-Villanova recuerda la monografía publicada por el alemán Hollinger, en la que dicho autor cita hasta 104 teorías intentando matizar esta distinción. Algunas de las más conocidas doctrinas sobre esta materia son las siguientes.

Teoría del interés.- La consideración del interés que protege la norma jurídica ha servido de base para una de las teorías de más tradición en el campo de lo jurídico. Esta teoría parte de la distinción de un pasaje de Ulpiano donde en relación con el concepto de Derecho, se declara que son posibles dos posiciones, hay unas normas jurídicas que han sido indudablemente dictadas *en interés de la cosa pública* y que integran el Derecho público y otras, en cambio, regulan simples *intereses privados* y, en su conjunto, constituyen esta rama del Derecho.

Teoría de los sujetos.- También tiene su punto de partida en el criterio del interés formulado por Ulpiano, ya que siendo el Estado y demás entes

dotados de poder público los titulares del interés público, será lógico descubrir tal interés en las relaciones jurídicas en que intervengan, por lo que las normas que las regulan serán normas del Derecho público y, por el contrario, el Derecho privado se dará en la regulación de las relaciones entre sujetos particulares. Dentro de esta línea de pensamiento está la teoría de Ferrari, por la que pertenecen al Derecho público todas aquellas normas que regulan la estructura o funcionamiento del Estado (Derecho constitucional y administrativo) o la función de la tutela y garantía que el Estado presta al orden jurídico ya sea reprimiendo las violaciones más graves (Derecho penal) u ordenando las formas y modos de realizar la protección jurídica (Derecho procesal). Todo lo que resta sería Derecho privado, la regulación de las relaciones patrimoniales de las personas y la tutela de los bienes ideales que a las personas pertenecen (vida, libertad, honor).

Teoría del derecho obligatorio y del derecho dispositivo.- Para muchos, la distinción Derecho público-Derecho privado es correlativa a la de *ius cogens* (derecho obligatorio) e *ius dispositivum* (derecho dispositivo). Lo característico del Derecho privado es el aparecer regulado por normas dispositivas que solo rigen cuando las partes no hayan establecido otra cosa y que pueden quedar sin efecto por la voluntad de los interesados. Nada de esto puede ocurrir, en cambio, en la esfera del derecho público, donde incluso los derechos concedidos a particulares son irrenunciables.

Otras teorías.- Está la *teoría del fin,* donde se tiene en cuenta el criterio teleológico de finalidad última que se propone uno y otro sector del ordenamiento jurídico. También podemos señalar la *teoría de la patrimonialidad,* que identifica el Derecho privado con el campo de lo patrimonial y económico y la *teoría del Derecho material y formal* que hace coincidir el primero con el privado y el segundo con el público.

Tras analizar estas teorías hay que considerar las críticas que contra las mismas se han formulado poniendo de manifiesto su incapacidad para explicar convenientemente la distinción referida.

Sin embargo, para Sánchez Agesta, esta distinción tiene un carácter histórico y contingente. Con esto se quiere decir que, por razón de la materia, es imposible trazar una línea divisoria de validez permanente. No obstante, lo que sí es perfectamente posible es ofrecer un criterio que sirva para saber en cada momento y lugar qué materias están reguladas por normas de Derecho público y cuáles por normas jurídico-privadas. Para Garrido Falla, el Derecho público aparece en la medida en que el Estado interviene en la relación jurídica de que se trate, haciendo de la norma jurídica a aplicar una norma obligatoria (ius cogens).

Ahora bien, la simple existencia de normas imperativas que desplazan el *ius dispositivum* no sitúa en presencia de Derecho público administrativo. Para ello es preciso que aparezca en escena el Estado, actuando justamente a través de sus órganos administrativos, dispuesto a tutelar con su intervención el interés que la norma declara. Esto tiene una consecuencia orgánica importante que sirve para a la distinción entre el Derecho público y el privado, es decir, la obligatoriedad del derecho privado es declarada por los Tribunales de justicia siempre que ello sea pedido por el particular, en cambio, la obligatoriedad del Derecho público es declarada por la administración que, de acuerdo con la expresión de Hariou, se convierte así en un Poder jurídico.

2. SISTEMAS CONTEMPORÁNEOS DE DERECHO ADINISTRATIVO

Frente al sistema típico de los países anglosajones, los países del continente europeo actualmente inspirados en las ideas del Estado de Derecho se caracterizan por responder a la concepción del "*régimen administrativo*" ya analizado. El ejemplo más acabado lo constituye Francia, pues no debe de olvidarse que, en sus orígenes, el régimen administrativo es una concepción francesa y bajo su influencia han surgido otros sistemas nacionales del derecho administrativo, entre los cuales debe comprenderse el español.

2.1 EL SISTEMA FRANCÉS.- El régimen administrativo francés se caracteriza por la existencia de:

- un conjunto de normas jurídicas aplicables a la Administración, que se constituyen como un Derecho especial, autónomo e independiente del Derecho común o civil.
- una jurisdicción administrativa distinta y separada de los Tribunales ordinarios.

A estas dos notas clásicas **Labaudére** añade una tercera característica**,** la noción de servicio público, pues el régimen administrativo no se aplica indiferentemente a cualquier especie de actividad administrativa, sino precisamente a aquella que constituye actividad de servicio público.

Este sistema, de acuerdo con **Hariou,** una serie de notas particulares:

- *La Administración es en Francia un Poder jurídico***.** Goza, como competencia propia, de la prerrogativa de la ejecución del Derecho, lo cual supone, en primer lugar, el disfrute de los derechos propios del Poder público, exorbitantes del derecho común, como son la potestad de policía, la potestad fiscal etc., en segundo lugar la prerrogativa de la acción de oficio y de la ejecutoriedad de sus declaraciones jurídicas. En consecuencia, el Derecho administrativo francés mira fundamentalmente al *ejercicio de los derechos*, mientras que el Derecho civil suele colocarse en el punto de vista del *disfrute de los derechos*.
- *El régimen francés está constituido por un conjunto de normas jurídicas que forman un Derecho de equidad,* hecho fundamentalmente por el juez, es decir, por el Consejo de Estado en cuanto jurisdicción encargada del contencioso-administración.
- *El régimen administrativo francés admite el principio de la responsabilidad civil por actos de la Administración,* pero sometida a reglas especiales distintas de las que conoce el Derecho civil. Esta peculiaridad arranca de una famosa resolución dictada por el Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873, en el *asunto Blanco*, donde se vino a consagrar el principio de competencia administrativa para conocer de las acciones de responsabilidad civil contra el Estado y la declaración de que esta responsabilidad tiene *sus reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad e conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.*
- *La fiscalización de la legalidad de los actos de la Administración pública no se realiza, en el sistema francés, por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino por una jurisdicción contencioso-administrativa especial* integrada por los Consejos de Prefectura, como tribunales de primera instancia, y por el Consejo de Estado.
- Supuesta la independencia de la Administración frente a la Justicia y el repartimiento de competencias propias entre ambas, *los posibles conflictos de atribución o decisión entre las mismas se resuelven mediante el establecimiento de un Tribunal de Conflictos* inspirado en una concepción arbitral que se manifiesta en su estructura paritaria que se consigue mediante una representación igualitaria de las dos más altas jurisdicciones en presencia: la Corte de Casación y el Consejo de Estado.

La ley de 31 de diciembre de 1987 (entró en vigor el 1 de enero de 1989) introdujo importantes modificaciones en el sistema de Justicia administrativa francés.

La ley crea cinco Tribunales Interregionales de apelación que vienen a sustituir al Consejo de Estado en las apelaciones contra las decisiones de los Tribunales de Instancia y que dependen orgánicamente del Secretario General del Consejo de Estado y son presididos por un Consejero de Estado.

Sin embargo, el Consejo de Estado mantiene su supremacía a través de:

1) la procedencia de un recurso de apelación contra las sentencias de los tribunales Interregionales.
2) mediante la competencia para decidir "cuestiones prejudiciales" que puedan plantear tanto los Tribunales de Instancia como los Regionales de Apelación.

Sin embargo, como resume **García de Enterría,** la reacción de la doctrina francesa ante la reforma es de insatisfacción por lo realizado. Lo que ahora se pone en evidencia es el sistema mismo, los resultados del recurso por exceso de poder, la técnica del proceso al acto (frente al proceso *inter partes* que caracteriza el sistema español). En esta situación la doctrina administrativista francesa reconoce la superioridad de la Justicia administrativa alemana porque el Consejo de Estado parece haber agotado su capacidad innovadora. Como ha señalado **García de Enterría** estamos ante el fin de un paradigma.

2.2 EL SISTEMA ALEMÁN.- Alemania debe de clasificarse entre los países con régimen administrativo. No obstante, si tomamos como prototipo de este régimen el francés, la comparación da lugar a que aparezcan algunas peculiaridades del sistema alemán, que se refieren, tanto a los **principios sustanciales** en que el Derecho administrativo se informa, como a la importante **cuestión orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa.**

Desde el punto de vista sustancial el Derecho administrativo en Alemania es también un Derecho excepcional frente al común o civil, inspirado en principios propios y que da lugar a instituciones semejantes a las que conoce el derecho administrativo francés.

La obra doctrinal que más ha pesado en los últimos años para la construcción del Derecho administrativo alemán (el *Derecho administrativo alemán* de **Otto Mayer**) está inspirado íntegramente por los mismos principios manejados por la literatura jurídico-administrativa francesa.

Para **E. Kaufmann** hay ciertos conceptos básicos del Derecho administrativo francés (dominio público y obras públicas) que han faltado tradicionalmente en el Derecho administrativo alemán y ambos Derechos administrativos responden a concepciones antagónicas ya que el concepto clave del Derecho administrativo francés es el servicio público mientras que en el Derecho alemán lo es el Poder público.

Por lo que se refiere a la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa el sistema alemán responde al principio de especialización de los tribunales administrativos, nota común en los países de régimen administrativo. Esta jurisdicción ha estado influida por los sucesos que han caracterizado a Alemania en los últimos años por lo que puede ser comprendida viendo algunas etapas de su evolución.

Así la Constitución de Weimar de 1919 obligaba al Estado Federal como a los Estados federales a establecer Tribunales administrativos para la protección de los particulares frente a las disposiciones adoptadas por las autoridades administrativas. En la época nacional-socialista la característica fue una revisión total del sistema de Derecho administrativo, como por ejemplo sustituir el concepto de derecho subjetivo por el de "situación jurídica", pero en el campo de la jurisdicción contencioso-administrativa las consecuencias fueron graves ya que se redujeron las garantías jurídicas contra la acción administrativa ilegal a los simples recursos gubernativos.

La ley de 21 de enero de 1960 sobre jurisdicción contencioso-administrativa ha reintroducido el orden en esta materia ya que dentro de cada Estado se establecen dos instancias judiciales: los Tribunales administrativos y el Tribunal Superior administrativo mientras que en el plano federal funciona el Tribunal Superior federal con sede en Berlín. Junto a los Tribunales administrativos con competencia general existen Tribunales administrativos especiales en algunas materias: Tribunales para cuestiones fiscales, para seguridad social o para Derecho disciplinario de los funcionarios.

En cuanto a la materia que puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo, el sistema alemán está dominado por el principio de la "cláusula general", es decir, cualquier acto administrativo particular puede ser impugnado, así como cualquier litigio de Derecho público que por precepto legal no se atribuya expresamente a otra jurisdicción. Actualmente se consideran actos administrativos atacables todos aquellos que se producen en el seno de una "especial relación de poder", como los actos concernientes a la relación de empleo público, al servicio militar o la utilización de un establecimiento público.

2.3 EL SISTEMA ITALIANO.- Para **Zanobini** el ordenamiento italiano no hace de la Administración pública un Poder tan completamente cerrado y autónomo como el sistema francés, puesto que su acción está en parte subordinada a la fiscalización judicial.

El sistema italiano presenta un conjunto de leyes exclusivamente dirigidas a regular el ordenamiento y la actividad de la administración pública. Estas leyes constituyen un cuerpo jurídico especial propio de la Administración, diferente de las normas del Derecho común o civil. Las peculiaridades de este sistema se encuentran en el sistema jurisdiccional establecido para llevar a cabo la fiscalización de la actividad administrativa.

En este sentido, el italiano es un sistema mixto, puesto que para la resolución de las controversias administrativas existe, junto a la jurisdicción ordinaria, una jurisdicción administrativa, además de algunas jurisdicciones especiales de menor importancia.

Uno de los problemas fundamentales que plantea el sistema italiano es el de proporcionar un criterio inequívoco que sirva para ordenar la partición de competencias entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria, en relación con aquellos asuntos en que una de las partes es la Administración pública. Tal criterio se monta sobre la distinción entre los derechos subjetivos y los intereses legítimos, pues corresponde a los Tribunales ordinarios la protección de los primeros cuando hayan sido lesionados por causa de la actividad administrativa mientras que es la jurisdicción administrativa la que controla la legalidad del actuar de la Administración pública siempre que resulte lesionado un interés legítimo particular.

2.4 EL SISTEMA BELGA.- Bélgica no puede ser clasificado entre los países de régimen administrativo puro. Este sistema se ha asemejado mucho al inglés, dando lugar a un ejemplo de ordenamiento jurídico intermedio. Esto se explica en que la Constitución de 1831 se dictó en una época de apogeo del liberalismo enemigo de los Consejos de Estado. Se unían las ideas doctrinales y nacionalistas para rechazar la institución el Consejo de estado y la posibilidad de toda jurisdicción administrativa.

Surgió un sistema cuyas notas fundamentales podían resumirse así:

- las reclamaciones contra la Administración eran siempre examinadas por los jueces ordinarios.
- la competencia de estos jueces sólo se refería a los litigios que tenían por base la vulneración de derechos subjetivos, no alcanzando, por tanto, la fiscalización de las infracciones que pudiese realizar la Administración de normas dictadas en interés público.
- la responsabilidad de la Administración requería la previa existencia de culpa administrativa.

En 1946 se le da un nuevo perfil a este sistema con la creación de un Consejo de Estado el cual viene a encamar, con su Sección contenciosa, la nueva jurisdicción administrativa belga. Sus atribuciones eran:

- resolver las cuestiones de competencia de todos los sujetos de Derecho público y altas autoridades administrativas
- conocer de las decisiones contradictorias de otras jurisdicciones administrativas sujetas al control del Consejo de Estado
- resolver los recursos de anulación de los actos singulares y de los reglamentos administrativos
- conocer de las demandas de reclamación de daños excepcionales causados por una actividad administrativa

La reforma llevada a cabo en 1973 ha aproximado el sistema belga al italiano.

2.5 EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.- Según **Hariou,** aparte de Francia, los únicos Estados que podían clasificarse dentro del tipo de régimen administrativo puro eran Polonia y España. Ciertamente nuestro régimen responde a las notas características del régimen administrativo, pero presenta sus propias peculiaridades como se desprende de las siguientes características:

1- *La Administración en España es un Poder jurídico*, por lo que sus actos son ejecutorios y dispone de los medios necesarios para asegurar su ejecución. Dispone de los poderes de policía y de coacción necesarios para hacer cumplir las leyes y reglamentos, así como de la facultad de imponer multas. Análogos privilegios administrativos se manifiestan en los supuestos siguientes:

- cuando la Administración procede de oficio a la ejecución de sus órdenes
- cuando la administración recauda las cantidades que se derivan de la aplicación de las leyes fiscales
- cuando la Administración es titular de derechos de dominio público
- cuando la Administración es deudora

2- *La separación entre Administración pública y los Tribunales judiciales ordinarios es absoluta*, de lo que se derivan importantes consecuencias concretas:

- los Tribunales ordinarios de la jurisdicción civil no pueden conocer de la legalidad de los actos administrativos y
- como contrapartida, la Administración no puede adoptar resoluciones que afecten a derechos civiles de los particulares y, más concretamente, al derecho de la propiedad, cuya protección está confiada a los Tribunales ordinarios.

3- *La Justicia administrativa está encomendada a los tribunales contencioso-administrativos, encuadrados en el Poder judicial* (Juzgados de lo contencioso-administrativo, Salas de los contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas, Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y Sala de lo contencioso-administrativo del tribunal Supremo) pero cualificados dentro del mismo en virtud de un principio de especialización técnica.

4- *Los conflictos entre Administración y el Poder judicial se resolvían tradicionalmente por el Jefe del Estado,* en cuanto representante frente a la división de poderes, de la suprema unidad estatal. Pero el Jefe del estado carece de poderes para seguir ejerciendo esas funciones, de acuerdo con la Constitución de 1978 por lo que ha sido necesario crear en 1987 el Tribunal de Conflictos según el modelo francés.

5- *El sistema español admite el principio de la responsabilidad civil de la Administración pública*. Frente a la irresponsabilidad que se deriva para el Estado de los artículos 102 y siguientes del Código Civil, la Ley de Expropiación forzosa de 1954 vino a consagrar el principio de responsabilidad después reiterado por la Ley de Régimen jurídico de la Administración de 1957, el artículo 106,2 de la Constitución de 1978 y en los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE EL DERECHO

La Administración Pública es para el Derecho una verdadera persona jurídica o, mejor dicho, una pluralidad de entes dotados cada uno de ellos con personalidad jurídica propia.

Ahora bien, son personas jurídicas que no adoptan ante el derecho una posición idéntica a la de las demás personas, sino que se encuentran en una posición peculiar. Y ello por dos razones:

1- Porque le principio de vinculación positiva a la legalidad comporta que cada acción administrativa aislada esté condicionada por la existencia de un precepto que admita dicha actuación.
2- Porque la Administración Pública goza de una posición de prerrogativa, exorbitante del derecho común.

4. LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Según el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.». El precepto en cuestión establece una presunción de validez con carácter de validez iuris tantum, que traslada al particular la carga de probar lo contrario a través de la correspondiente impugnación.

A continuación, pasamos a estudiar el objeto, efectos y control de la presunción de legalidad del acto administrativo.

¿En qué consiste la presunción de legalidad? Esta presunción deriva de la circunstancia de que la Administración no es un mero poder de hecho, sino que se trata de un poder jurídico que define derechos y crea

obligaciones de forma unilateral y ejecutoria. De este modo, la Administración no precisa la declaración de legalidad de sus actos para que estos sean ejecutivos. Sus decisiones son inmediatamente eficaces y, por ello, la consecuencia es la carga que se impone al administrado de recurrir el acto administrativo para que éste no se ejecute.

Conviene efectuar una breve referencia al principio de legalidad que consagra el artículo 9.3 de la Constitución Española que señala "los ciudadanos y los Poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico" y el artículo 103.1 CE establece que: "la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho".

El principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa, su actuación es legítima.

Constituye un presupuesto para la operatividad de la presunción de legalidad el que el acto administrativo haya sido dictado por el órgano competente y ajustándose al procedimiento establecido.

El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que también lo es, de modo que, si adolece de cualquiera de los requisitos del acto administrativo desaparece el soporte mismo de la presunción legal.

¿Cuál es su objeto? La presunción de legalidad permite al acto desplegar sus efectos de forma inmediata en tanto no se demuestre su invalidez y traslada, de este modo, al administrado la carga de impugnarlo, bien en la vía administrativa o bien en la contencioso-administrativa, si desea obtener su anulación y suspender temporal o definitivamente su eficacia.

La razón última de esta presunción la encontramos en la necesidad que tiene el Estado de ejecutar aquello que le ha sido encomendado por el legislador en aras al interés general. Por ello, la Ley 39/2015, busca proveer al acto administrativo producido en las condiciones exigidas de una presunción de validez y obligación de cumplimiento inmediato.

¿Qué efectos produce? Sentada la regla general de la eficacia inmediata de los actos administrativos, el inciso final del artículo 39.1 de la LPACAP, contiene excepciones que concreta diciendo "salvo que en ellos se disponga otra cosa". Esto es, la posibilidad de que el propio acto administrativo, provisto de la presunción de legalidad, aplace el comienzo de sus efectos, sometiéndose a un plazo, o bien condicionando la producción de los mismos a un hecho futuro.

En el apartado segundo, el citado artículo 39 LPACAP nos señala que la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.

Y, en el tercero que, excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

¿Cómo se controla la potestad reglamentaria? El límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, lo encontramos en el artículo 106.1 de la Constitución Española cuando señala que: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

5. LOS PODERES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN.

La Administración goza del privilegio de la autotutela, esto es, del poder de obligar al ciudadano a variar un comportamiento sin la necesidad de intervención de un Juez. Fundamentalmente, las maneras en las que esa autotutela se manifiesta son dos:

- La ejecutividad
- La ejecutoriedad

Ambos son los privilegios más importantes reconocidos a la Administración.

A diferencia de la situación entablada entre particulares, los dos privilegios de la Administración que consideramos tienen el siguiente significado y efectos. Una vez que se dicta un acto administrativo, que es una decisión unilateral de la Administración, se presume válido y es inmediatamente ejecutivo, desplegando instantáneamente sus efectos (siempre que se cumplan los requisitos de eficacia, como la notificación, la necesidad de aceptación...), y siendo imprescindible su cumplimiento por parte del administrado. Por ello, no es necesaria la previa declaración de validez por parte de los Tribunales, aun en caso de que el administrado no reconociera tal validez.

Así, a tenor del artículo 38 de la Ley 39/2015 PAC, “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”.

Por su parte, el artículo 39 estipula que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”.

En este punto es preciso distinguir la ejecutividad de la ejecutoriedad de los actos administrativos.

G. de Enterría distingue entre la autotutela declarativa y la autotutela ejecutiva. La ejecutividad supone que mientras los actos jurídicos privados han de validarse ante el juez cuando se tachan de nulos, los actos administrativos, aun cuando fueran contrarios a la ley, se tienen por válidos, mientras no sean declarados nulos por la administración o por el juez.

De modo, que los actos administrativos que se presumen válidos (art.38) y son ejecutivos (art.39) pueden, previo apercibimiento, llegar a la ejecución forzosa.

La única excepción a la ejecutividad inmediata la encontramos en las resoluciones sancionadoras, que sólo son ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa (artículo 98.1.b de la Ley 39/2015 PAC) “(…) Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que: b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición".

Todo ello implica, por lo tanto, que la carga de impugnar el acto le corresponde al administrado, que habrá de recurrirlo, pues aquí juega la presunción a favor de la validez.

Ahora bien, la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el ciudadano la carga de accionar, para evitar la firmeza de aquel, pero no afecta a la carga de la prueba, que debe ajustarse a las reglas generales (según entiende el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de agosto de 1988).

La carga de probar, sin embargo, se alivia en el proceso contencioso-administrativo en cuanto se impone a la Administración demandada la obligación de aportar al Tribunal todo el expediente administrativo en el que se contienen las actuaciones administrativas. Aportación del expediente íntegro, según entiende el Tribunal Constitucional en su sentencia 227/1991, y el propio artículo 48 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que exige que el expediente se envíe completo,

foliado y, si procediera, autentificado ("(...) El expediente, original o copiado, se enviará completo, foliado y, en su caso, autentificado, acompañado de un índice, asimismo autentificado, de los documentos que contenga. La Administración conservará siempre el original o una copia autentificada de los expedientes que envíe. Si el expediente fuera reclamado por diversos Juzgados o Tribunales, la Administración enviará copias autentificadas del original o de la copia que conserve"). Por ello, el administrado recurrente tiene la oportunidad de señalar como prueba los propios documentos que figuran en el expediente administrativo de los que se deduzca el vicio en que incurre el reglamento o acto recurrido.

Por su parte, y como complemento poderoso del anterior privilegio, la ejecutoriedad de los actos administrativos implica que la Administración pueda ejecutar por sus propios medios, sin tener que recurrir ante los Jueces, los actos dictados por ella que no sean cumplidos por propia voluntad por su destinatario.

Ambos privilegios, el de ejecutividad y el de ejecutoriedad, se integran en el principio de autotutela, ya visto, y que ha sido de gran acogida tanto por la doctrina (García de Enterría, Cosculluela Montaner), como por la jurisprudencia constitucional (STC 22/1984), que entiende que es perfectamente compatible con el texto de la Constitución.

Sin embargo, ciertos sectores doctrinales no quedan del todo convencidos acerca de que la autotutela pueda calificarse de principio, en el aspecto relativo a la ejecutividad inmediata del acto administrativo, pues un principio tiene siempre un potencial efecto expansivo. Por ello, más que principio, debe de seguir entendiéndose a la autotutela como un privilegio, pues es la manifestación más auténtica del régimen administrativo continental tradicional. Y como privilegio que es, ha de estar sometida a una serie de límites, justos y determinados.

Así, cabe entender mejor que dichos privilegios están sujetos al respeto de determinados derechos constitucionales: el de inviolabilidad del domicilio, sin ir más lejos, que requiere de una autorización judicial previa a la acción administrativa. Y también el que se hayan abierto generosamente las vías de suspensión de los actos administrativos u otras medidas cautelares, que exceptúan la aplicación efectiva de dichos privilegios, en los supuestos en que son procedentes.

No se trata, por ello, de un principio general del Derecho, que imponga la obligación de no contradecirlo, como entiende Beladíez. Más bien son privilegios que recogen una solución normativa general para la ejecución de actos administrativos, pero sometida a muchos límites y excepciones.

Ciertamente, la progresiva ampliación de los supuestos de suspensión de la ejecución del acto administrativo, demuestran que esta regla debe ceder ante situaciones concretas dignas de mejor protección frente a la regla general de la ejecutividad inmediata del acto administrativo. Y ello así, porque no es un principio general, que exprese valores fundamentales de la

Comunidad, sino una regla general excepcional ante determinados derechos o potenciales agresiones a esos derechos de carácter irreversible, o ante simples garantías de cumplimiento futuro prestadas por el ciudadano obligado a cumplir el acto. Lo que garantiza la regla es la finalidad de potenciar la eficacia administrativa y evitar dilaciones indebidas en la ejecución de la acción administrativa, que además puedan poner en peligro la ejecución final de esa actividad.

El artículo 99 de la Ley 39/2015 PAC refleja esta norma: "Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial".

El art. 100, dispone que la ejecución forzosa por parte de las AAPP se efectúe respetando el principio de proporcionalidad. Las diversas modalidades de dicha ejecución forzosa son:

a) Art. 101. Apremio sobre el patrimonio.

Es el medio más usual dentro de la práctica de la ejecución forzosa, en la medida en que los deberes administrativos se concretan usualmente, en forma directa o indirecta, en deudas pecuniarias (multas, impuestos, contribuciones, tasas, créditos contractuales a favor de la Administración, etc.).

b) Art. 102. Ejecución subsidiaria.

Como su propio nombre indica, consiste en la realización de lo ordenado en el acto administrativo previo por persona distinta del destinatario del mismo y por cuenta de éste.

La ejecución subsidiaria no impone, por tanto, ninguna carga nueva al destinatario del acto, y sólo procede en los casos en que se trate de "actos no personalísimos que pueden ser realizados por sujeto distinto del obligado".

En último término, la ejecución subsidiaria supone la conversión de la obligación que el acto impone en una deuda pecuniaria, susceptible de ser satisfecha por vía de apremio, si el obligado sigue resistiéndose a esta nueva forma de cumplimiento.

c) Art. 103. Multa coercitiva.

Se trata de una medida para coaccionar la voluntad del particular al cumplimiento de una obligación que se le había puesto anteriormente. Estas multas no tienen carácter retributivo alguno, sino que pretenden única y exclusivamente forzar el cumplimiento de lo ordenado (no se asemejan a las multas-sanción).

d) Art. 104. Compulsión sobre las personas.

Es sin duda la medida más extrema y radical de todas, en cuanto que se traduce en la pura y simple fuerza sobre las personas, eliminando la libertad de las mismas. Dadas sus características, procederá la coacción física cuando se trate de obligaciones negativas, con la peculiaridad de ser personalísimas, que consistan en no hacer o en soportar. En cualquier caso, se exige autorización expresa por ley y se marcan como límites estrictos para la actividad de su ejecución el respeto a la dignidad de las personas y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

También resulta interesante, aunque sea brevemente, estudiar los privilegios de la Administración en otros ámbitos. **Así, en primer lugar, podemos señalar los privilegios en relación con sus bienes:**

1) Investigación, deslinde y recuperación de oficio de los bienes de su titularidad de que fuera desposeída, si bien en este caso sólo dentro del plazo de un año si los bienes son de naturaleza patrimonial (así, el artículo 41 de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas señala que "para la defensa de su patrimonio, las Administraciones públicas tendrán las siguientes facultades y prerrogativas: Investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio. Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad. Recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos (…)")

2) Inembargabilidad de sus bienes y derechos, como estipula el artículo 132 de la Carta Magna ("La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación (…)"). Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en ejecución de sentencias contra la Administración, si esta no las cumple, es posible arbitrar las medidas previstas para la ejecución de sentencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, consiguientemente, el embargo de cuentas bancarias de las Entidades Públicas. Además, en su sentencia 166/1998, ha declarado que la inembargabilidad sólo alcanza a los bienes de dominio público y comunales, tal y como estipula el ya citado artículo 132 CE, pero no al resto de bienes.

3) Desahucio administrativo, que supone la posibilidad de desahuciar al ocupante sin título válido o extinguido, de sus bienes (una vez más, es el artículo 41 de la Ley 33/2003 el que sirve de base a este privilegio). Se contiene también en distintas leyes especiales, en particular en materia de expropiación forzosa, en la de determinadas categorías de viviendas y en la legislación urbanística. En todo caso, se recoge con carácter

general en el artículo 44 del Real Decreto 1372/1986 por el que se aprueba el reglamento de Bienes de las Entidades Locales: "Corresponde a los municipios, provincias e islas, en todo caso, y a las demás Entidades locales de carácter territorial, en el supuesto de que así lo prevean las leyes de las Comunidades Autónomas, las siguientes potestades en relación con sus bienes: (...) La potestad de desahucio administrativo".

En relación con el ámbito económico, la Administración ve reconocidos los siguientes privilegios:

1) Prelación para el cobro de créditos de la Hacienda Pública y prohibición de compensación de créditos con las deudas de la propia Administración. Sin embargo, la compensación está permitida expresamente en el régimen de determinados impuestos; por ejemplo, el IVA recaudado puede compensarse con el IVA soportado deducible.

2) Privilegio de solve et repete, que implica la obligación de pagar la deuda antes de interponer, en su caso el recurso que proceda. Este privilegio de amplia extensión en nuestra legislación surgió en el ámbito tributario, para garantizar el cobro inmediato de los impuestos y no poner en peligro la recaudación de los mismos. Sin embargo, la legislación preconstitucional lo extendió a toda deuda líquida, tributaria o no, frente a la Administración Pública, y entre ellas a las propias multas impuestas en virtud de la potestad sancionadora. Aprobada la CE en 1978, se ha producido la derogación de las leyes que expresamente preveían este privilegio, impuesta por el contenido del artículo 24 CE, que estipula la plena accesibilidad sin limitaciones a la tutela judicial efectiva por parte del administrado, que no puede ser condicionada por obstáculo económico alguno, que produciría indefensión. Frente a los reglamentos que también lo imponían, ya fueron considerados nulos los preceptos que lo establecían por la jurisprudencia del TS, incluso con anterioridad a la aprobación de la CE, admitiéndolo sólo en los casos en que se establecía por ley. A día de hoy, subsisten las mismas razones de fondo, y se añade la de su derogación por la entrada en vigor del artículo 24 CE.

Por último, cabe ocuparse de los privilegios de tipo procesal:

1) Necesidad de interponer un previo recurso ante la propia Administración, que será quien lo resuelva, antes de acudir a los Tribunales, cuando se impugna un acto de la Administración. En rigor, este no es un privilegio procesal, sino externo al proceso, y la Ley 30/1992, al suprimir el recurso de reposición obligatorio, limitó este "privilegio" a los actos que no ponen fin a la vía administrativa, en los que debe interponerse el recurso de alzada con carácter previo a la vía judicial. Actualmente, la regulación

de los recursos administrativos se contiene en los art.112 y ss Ley 39/2015 PAC.

2) Imposibilidad de interponer interdictos contra la actuación formalmente correcta de la Administración (así, el artículo 105 de la Ley 39/2015 dispone que "No se admitirán a trámite acciones posesorias contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido"); interdictos de retener o recobrar la posesión, que la Ley de Enjuiciamiento Civil ha integrado en el juicio verbal. La excepción viene dada por la conocida como "vía de hecho", que supone una actividad material de la Administración que se ejecuta sin título jurídico que la ampare. El control de la vía de hecho representa precisamente una importante innovación de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (así, su artículo 25 establece que "(...) también es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley"). La prohibición de demandas para retener o recobrar la posesión es un complemento necesario de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad, pues de otra manera se frustraría la ejecución material de los actos administrativos.

3) Ejecución de sentencias por la propia Administración en los procesos contencioso-administrativos. Privilegio que está en contradicción con lo dispuesto con carácter general en el artículo 117 CE ("(...) El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan (...)").

6. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA NORMA JURÍDICA

El Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución Francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Este partía de un derecho básico: la fuente de todo derecho es la persona subjetiva del Rey, en su condición de represéntate de Dios en la comunidad, lo que implica que puede actuar tanto por normas generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquellas. Los revolucionarios rechazaban ambas cosas; la fuente del Derecho no está en ninguna instancia supuestamente trascendental a la comunidad, sino en esta misma, en su voluntad general;

y, a la vez, solo hay una forma legítima de expresión de esta voluntad, la ley general.

En la actualidad toda actuación singular del poder está justificada por una ley previa. Esta exigencia parte de dos claras justificaciones. Una más general y de base, la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria, cuya expresión típica es la Ley. La segunda idea que refuerza esa exigencia es el principio técnico de la división de poderes: el ejecutivo se designa así porque justamente su misión es "ejecutar" la ley, particularizar los mandatos en los casos concretos.

Es a esta técnica precisa a lo que se llama propiamente principio de legalidad de la Administración; esta está sometida a la ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de mandato.

7. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad implica que la Administración sólo pueda actuar de conformidad con lo que las Leyes, emanadas del Parlamento, dispongan. Sin embargo, tal afirmación ha dado pie a que, en estos dos últimos siglos, el concepto que nos ocupa haya sido objeto de dos interpretaciones:

a) La primera de ellas ha venido a denominarse, según la doctrina, "interpretación positiva", y se aplicó en los primeros estadios del proceso revolucionario. En líneas generales, exige que la Administración sólo pueda actuar cuando una Ley, expresamente, así lo estableciera. Al mismo tiempo, el ciudadano tiene reconocido el derecho a hacer lo que estime oportuno, siempre que no quebrante los límites que le marca el ordenamiento jurídico. Tal forma de concebir el principio de legalidad viene de la idea de que la Administración había acumulado, durante mucho tiempo, mucho poder, y era imprescindible controlarla. Con ello, se buscaba atajar el riesgo de que incurriera en actos a todas luces arbitrarios.

b) Con el paso del tiempo, sin embargo, se llegó a la conclusión de que la Administración tenía, por sus propias características, una estructura flexible que le permitía actuar de manera mucho más eficaz que el Parlamento en lo referente a la resolución de los problemas que la sociedad podía tener. Fue así como se empieza a tender hacia lo que se ha denominado como "interpretación negativa", similar a la del ciudadano. Así, la Administración podría actuar cuando lo estimara oportuno, siempre que su acción no vulnerara el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, ¿puede afirmarse que hoy existe una interpretación negativa del principio de legalidad? Con los avances técnicos en el ámbito jurídico, la producción parlamentaria ya no puede ser comparada con la de un Parlamento decimonónico (o incluso con algunos Parlamentos del siglo XX). La actuación eficaz de los parlamentos actuales permite que la

Administración actúe sólo cuando una norma así lo permita (en este sentido, el artículo 9 CE es esclarecedor). Con ello se gana en control y en garantías. Y, lo que es más, se ha conseguido conciliar el principio de legalidad en su concepción originaria (esto es, la positiva) con las necesidades del Estado Social, que exige soluciones eficaces y eficientes por parte de los Poderes Públicos ante los problemas y necesidades del ciudadano.

Ahondando en la cuestión, debe resaltarse que en la actualidad es preciso entender el ordenamiento jurídico como una unidad, por lo que, en relación con el principio de legalidad de la Administración, ha de hacerse general el concepto de legalidad, de modo que ésta no se limita a la ley formal, sino que también abarca el ordenamiento entero. Concepto que Hauriou sintetizó en la expresión del "Bloque de la legalidad", integrado por las leyes, los reglamentos, los principios generales del derecho y la costumbre.

Esta concepción del principio de legalidad es la afirmada en el art.9.1 CE, al disponer que "los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

Ahora bien, antes de referirnos a la concreta plasmación del principio de legalidad en el Derecho español, es preciso analizar el planteamiento originario del mismo y las doctrinas que su interpretación motivó, fundamentalmente en la Escuela Alemana.

- En un primer momento, se consideró que el principio de legalidad implicaba que la Administración no podía actuar por su propia autoridad, sino que debía ampararse en la autoridad de la ley. Para explicar la técnica de ejecución de la legalidad por la Administración, se recurrió al esquema judicial, estableciendo un paralelismo entre el acto administrativo y la sentencia judicial aplicativa de la ley.
- Stahl formuló una tesis que supuso el punto de partida de una importante doctrina para explicar la diferente posición respecto de la ley que ocupan la Administración y los Tribunales. En relación con la vinculación a la ley de ambos poderes, se afirmó que, mientras que el objeto exclusivo de la función judicial es la ejecución de la ley, la Administración tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales, debiendo para ello respetar el marco delimitado por la ley.

Además, mientras que las normas se caracterizan por su obligatoriedad y tienen efectos para todos (erga omnes); las resoluciones judiciales sólo tienen efectos inter partes.

- Esta explicación (deficiente) de la legalidad de la Administración fue contestada posteriormente por Merkl, quien concluyó que cada acción administrativa aislada ha de estar condicionada por la existencia de un

precepto jurídico que prevea semejante acción del Estado, o de lo contrario tal acto no será válido.

- Fue finalmente Winkler quien, basándose en las aportaciones anteriores, elaboró los conceptos clave a los que se ha hecho referencia con anterioridad:

- La vinculación negativa de la Administración a la ley ("negative bindung"), en la que ésta aparecería como un límite externo a una básica libertad de determinación. Es decir, que todo lo que no está prohibido se entiende permitido.
- Y la vinculación positiva de la Administración a la ley ("positive bindung"), según la cual la Administración no puede actuar más que ejecutando normas antecedentes. Es decir, que todo lo que no está expresamente permitido se considera prohibido.

Este último planteamiento es el que prevalece y acaba siendo insertado en las normas básicas. Así, claramente en la Constitución austriaca de 1920 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

También la vigente Constitución Española de 1978 enuncia explícitamente esta vinculación general de la Administración a las normas. Nuestra Carta Magna, que se ajusta a los cánones del Estado de Derecho (como hemos tenido oportunidad de ver anteriormente), así como el resto de normas del ordenamiento jurídico, responden perfectamente a las exigencias del principio de legalidad. Así, podemos enumerar los siguientes artículos:

a) Artículo 9 CE: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. (...) La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

b) Artículo 97 CE: "El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes".

c) Artículo 103 CE: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho".

d) Artículo 96 CE: "Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas,

modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional".

e) Artículo 147 CE: "(...) Los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico".

En todo caso, puede determinarse que el principio de legalidad en España se ha construido sobre estas figuras:

a) El sometimiento de la Administración a las leyes formales; distinguiendo las leyes formales (que proceden de las Cortes), de las leyes materiales (que son los Reglamentos). Es más, en los asuntos más importantes, las leyes formales gozan de una importancia incuestionable, pues son las únicas que pueden regularlos.

b) Establecimiento de una ordenación jerárquica de las normas mediante la que se lleva a cabo una ordenación funcional del poder. Y ello implica que, junto a las leyes formales, también haya sometimiento a las materiales, así como también una jerarquía entre estas últimas, en atención al órgano que las dicte.

c) Además, se ha establecido que, en el caso de que la Administración actúe de modo que lesione el Derecho, el acto por el que se cometa la infracción quedará viciado, ya sea de nulidad o de anulabilidad (artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Así pues, el principio de legalidad implica el sometimiento de la Administración y del Estado al Derecho (art.103.1 CE), y puede estudiarse desde 3 puntos de vista:

1) El principio de legalidad deriva del deber general de la Administración de someterse a las normas; no sólo a las leyes, sino también al resto de las normas del ordenamiento jurídico. Ello tiene dos contenidos:

- En primer lugar, implica que la relación de la Administración con el Derecho es la misma que la de cualquier otro sujeto privado: está sometida al Derecho, a la totalidad del sistema normativo.

La Administración debe observar las leyes emanadas del Parlamento, pero también todas las restantes normas que integran el ordenamiento jurídico: la Constitución, las normas del Gobierno con fuerza de ley, los tratados y convenios internacionales, la costumbre, los principios generales del Derecho y también, por supuesto, los reglamentos.

- En segundo lugar, implica que toda la actividad de la Administración está vinculada al cumplimiento de las normas, de tal manera que no hay

ningún ámbito de la actuación administrativa que no quede sometida al Derecho; es decir, que no hay ningún ámbito exento al Derecho.

Toda la actividad de la Administración debe realizarse teniendo siempre presentes las normas integrantes del ordenamiento jurídico: el Derecho es un factor permanente, que se deberá tener siempre en cuenta en todo proceso de toma de decisiones que tenga lugar en el seno de la Administración.

Sin embargo, ello no significa que la Administración sólo deba actuar para la aplicación del Derecho. Su objetivo debe ser la más adecuada satisfacción de los intereses generales; pero en esta tarea, el Derecho es un factor que nunca puede ser dejado de lado.

2) El principio de legalidad supone una vinculación especial de la Administración a un tipo de norma específica: la ley. En aplicación de la teoría de la "vinculación positiva a la ley", se da la circunstancia de que la norma se erige en el fundamento previo y necesario de una determinada acción, la cual, por lo tanto, sólo podrá realizarse válida o lícitamente en la medida en que la norma habilite al sujeto para ello; así pues, en ausencia de dicha habilitación normativa la acción debe considerarse como prohibida. Tal es la forma de sometimiento que se expresa con la máxima lo que no está permitido, se considera prohibido (quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur).

3) Se plantea también el supuesto de que la Administración está sometida a las normas que ella misma dicta: los reglamentos.

Uno de los privilegios de la Administración es la potestad normativa; tanto el Gobierno como la Administración se hallan habilitados para dictar normas de rango inferior a la ley, denominadas genéricamente reglamentos, pero también están obligados a obedecer sus propias normas. Así pues, la Administración está vinculada al igual que sus destinatarios por tratarse de normas jurídicas y formar parte del Derecho.

Nuestro ordenamiento establece la regla de que la Administración, cuando realiza actuaciones singulares, se encuentra obligada al cumplimiento de las normas reglamentarias dictadas por ella; y no sólo por ella, sino por cualquier otra Administración que actúe en el ejercicio de sus competencias. Esto se conoce con la denominación de principio de inderogabilidad singular de los reglamentos o Teoría de las Garantías, que implica que la Administración no puede desconocer lo fijado en un reglamento aunque haya sido ella misma la que lo haya dictado.

Está regulado en el art. 37 Ley 39/2015 PAC, según el cual "las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas".

Este principio entraña tres reglas fundamentales:

1. La Administración no puede derogar o incumplir una norma que ha dictado a través de actos singulares o concretos, los cuales serán, en tal caso, ilegales.
2. Todos los órganos administrativos y todas las personas están sometidas a este principio: la Administración tampoco puede dispensar a terceros de la observancia y cumplimiento de sus propios reglamentos, salvo que estos mismos lo prevean para casos justificados, de modo que no se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de las normas.
3. Tampoco opera aquí el principio de jerarquía. La fuerza obligatoria del reglamento actúa con entera independencia de la posición jerárquica de los órganos de los que emanan, respectivamente, el acto y el reglamento. Una autoridad administrativa no puede exceptuar o incumplir en un caso concreto los reglamentos dictados por otra de rango superior; pero tampoco puede incumplir ni exceptuar los dictados por ella misma o por órganos inferiores a ella en el nivel jerárquico.

Así pues, el principio de legalidad opera en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa, su actuación es legítima. En caso contrario, si existe disconformidad con el derecho o se ha actuado al margen del mismo (en el supuesto extremo de la vía de hecho), la actuación administrativa está viciada, lo que la priva actual o potencialmente de validez, según la gravedad del vicio que la afecte.

En relación al principio de legalidad puede emplearse un mecanismo que lo expresa en términos de “potestad”. Así, la legalidad atribuye potestades a la Administración, potestades que la propia ley delimita y construye, lo que las convierte en indisponibles para la Administración, aun en el caso de aquellas disposiciones generales por ella dictadas.

Debe añadirse que ello es válido incluso en el caso de las denominadas “potestades discrecionales de la Administración”, pues, frente a lo que pretendía la antigua doctrina, la discrecionalidad no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma, sino más bien, por el contrario, la discrecionalidad supone una remisión legal a una estimación administrativa para que complete el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio.

Para finalizar, ha de considerarse, además, que a partir de la promulgación de la CE de 1978, el control de la legalidad de la actuación de la Administración se enmarca en la prohibición formal de la arbitrariedad de los poderes públicos, contenida en el art.9.3 CE. Así, se exige que las decisiones de la Administración se ajusten, en todo caso, a los criterios de racionalidad y razonabilidad.

8. LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y LÍMITES

Concepto y fundamento

El Diccionario del español jurídico de la RAE y del CGPJ, ofrece la siguiente definición de discrecionalidad administrativa: "Ámbito o margen de libertad de acción concedido por el legislador a quien ejerce la potestad ejecutiva, para que pueda adoptar la decisión más idónea *ad casum* para el cumplimiento de la Ley".

La discrecionalidad administrativa hace referencia a los márgenes de apreciación, opción y decisión de la Administración en aquellos supuestos en que no todos los elementos de la potestad administrativa vienen concretados por la norma que la atribuye, pudiendo optar entre varias soluciones, todas ellas justas. Es, por tanto, una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la ley.

Si ya aceptamos que todo lo que la Administración hace es porque ha sido objeto de una previa potestad, y que, por tanto, la discrecionalidad tiene que ser estudiada dentro de la concreta potestad en la que se atribuya, podemos ya pasar a distinguir entre las potestades regladas y potestades discrecionales.

En las regladas la ley describe en plenitud todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de manera que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias. La Administración carece aquí de márgenes de apreciación en el hecho o en la consecuencia jurídica. Otro ejemplo de potestades regladas y cuyo carácter se ve reforzado por el principio de legalidad y de tipicidad, es la potestad sancionadora. Cuando alguien comete el hecho punible previsto por la norma sancionadora tiene inexorablemente que ser sancionado y serlo con la sanción legalmente prevista. Tampoco -salvo los específicos casos de introducción del llamado principio de oportunidad o las modulaciones de la sanción por efecto del principio de proporcionalidad- la Administración puede hacer otra cosa que sancionar.

Pero en otros casos sucede que la ley, definiendo algunos de los elementos de la potestad (pues si no hay potestad atribuida ya hemos visto que la Administración nada puede hacer), remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de las condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho bien en cuando al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable.

Pensemos en el planeamiento urbanístico. En él, dentro de los límites legales, la Administración planificadora puede elegir la manera de desarrollar la ciudad, por dónde realizar en concreto los nuevos desarrollos, dónde colocar un rascacielos, un parque o una carretera. Aquí hay unos amplios márgenes de decisión jurídicamente correctos todos ellos.

Conviene reparar, a la vista del ejemplo del urbanismo en que, si bien no existe en la potestad discrecional un poder alegal o extrajurídico, no por ello falta el "poder". Al elegir por dónde se desarrollará la ciudad se perjudica o favorece -extraordinariamente a veces- a unos o a otros. Al otorgar subvenciones, dentro de lo previsto en las leyes, a unas personas o entidades y negárselas a las demás, existe también poder.

El llamado "acto político" es, desde luego, un acto dotado de singulares cotas de poder, pero no es un acto extrajurídico o inmune a la ley, pues tales inmunidades no son aceptables en los verdaderos Estados de Derecho.

La discrecionalidad supone, por tanto, márgenes de opción y decisión más o menos amplios aunque siempre dentro de los límites legales. Estamos ante lo que la jurisprudencia ha llamado "indiferentes jurídicos".

De esa manera dentro de las potestades discrecionales juegan los siguientes elementos jurídicos de reconducción a la legalidad:

- Los aspectos reglados de la potestad. Toda potestad, incluso las que son preponderantemente discrecionales, tiene aspectos reglados (como la competencia del órgano que la ejerce).
- Los principios generales del derecho.
- La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Límites

Señalado esto, lo anterior no significa que esa libertad de acción de la Administración no tenga límites; de modo genérico, estos vienen dados por lo que establece el apartado 1 del Art. 106 ,Constitución Española: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifica”. La discrecionalidad de la Administración estará permitida siempre que ésta no vulnere la legalidad; esto es, todas las potestades administrativas, e incluso las discrecionales, tienen elementos reglados que habrán de observarse en todo caso. Así, por ejemplo, la TS, Sala de lo Contencioso, de 05/10/1989 establece como doctrina asentada la siguiente:

“Los órganos administrativos (...) gozan de un margen de discrecionalidad técnica (...), pero ello no excluye que los tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generalmente impuestos a la actividad no técnica de la Administración, referidos a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación del fin y juego de los principios generales”.

Con todo, no se puede perder de vista lo dispuesto por el apartado 2 del Art. 71 ,Ley 29/1998, de 13 de julio: "Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados", es decir, los Tribunales no podrán decidir los mismos en lugar de la Administración, pues en caso contrario, como es obvio, se vulneraría el principio de la división de poderes. Sentado esto, el referido control de las potestades discrecionales de la Administración puede realizarse, (siguiendo en este punto, como la práctica generalidad de la doctrina), a Eduardo García de Enterría, a través de las siguientes técnicas: control de los elementos reglados del acto discrecional y en particular la desviación de poder, control de los hechos determinantes y control por los principios generales del Derecho.

Control de elementos reglados del acto discrecional

Como ya se ha dicho, toda potestad discrecional contiene elementos reglados. Así, el ejercicio de la potestad discrecional será legítimo siempre que se respeten tales elementos (la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación del fin y juego de los principios generales). A este respecto merece especial atención el control del fin para el que se otorga la potestad ejercida, puesto que su inobservancia puede dar lugar a lo que la jurisprudencia administrativa francesa denomina *détournement de pouvoir,* esto es, la desviación de poder, situación que se produce cuando la actividad administrativa se aparta de la consecución del fin querido por la ley.

En consonancia con lo anterior, y consagrando expresamente la técnica referida, el apartado 2 del Art. 70 ,Ley 29/1998, de 13 de julio señala lo siguiente: "La sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

Sobre la prueba de lo que sea "desviación de poder", la TS, Sala de lo Contencioso, de 10/10/1987 se pronuncia del siguiente modo: "*siendo generalmente grave la dificultad de la prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados - artículo 1249 del Código Civil- de los que con un enlace lógico acorde con el criterio humano - artículo 1253 del Código Civil- derive la persecución de un fin no previsto en la norma*".

Control de los hechos determinantes

La TS, Sala de lo Contencioso, de 01/06/2010, Rec. 2405/2006 aporta una definición clara de ésta técnica de control de la discrecionalidad: "*el control jurisdiccional de la Administración, tan precisamente explicitado en el artículo 106.1 de nuestra Constitución se extiende a estos aspectos discrecionales, a través de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad, pues los hechos son tal como la realidad los exterioriza y no le es dado a la Administración desfigurarlos o incluso inventarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración y también puede ejercerse tal control a través de los principios generales del derecho, que - apartado 4 del artículo 1 del Código Civil - informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos, al estar sometida la Administración -artículo 103.1 de la Constitución- no sólo a la Ley sino también al Derecho. Por ello, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos, valorando si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, o una desviación injustificada de los criterios generales del Plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos - artículo 9.3 de la Constitución-, que en definitiva aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta, en fuente de decisiones que no resulten justificadas (...)*". Se entiende entonces, de algún modo, que la discrecionalidad puede operar sobre la "consecuencia," pero nunca sobre el hecho fijado por la norma habilitante.